

Ministério Público e serviços de relevância pública na Constituição e na revisão constitucional (*)

MAURÍCIO AUGUSTO GOMES
Promotor de Justiça — SP

SUMÁRIO: 1. Colocação do tema. 2. Interpretação das normas constitucionais. 3. Ministério Público como defensor do povo. 4. Serviços de relevância pública na Constituição e na revisão constitucional. 5. Conclusões.

1. Colocação do tema

A vigente Constituição Federal, promulgada em 5 de outubro de 1988, alçando o Ministério Público ao nível de instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, fixou sua destinação institucional na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, caput).

As funções institucionais, que somente podem lhe ser conferidas se compatíveis com sua destinação (art. 129, inc. IX), são multifárias, mas, dentre as arroladas pela Constituição (art. 129, incs. I a IX), destaca-se a de defensor do povo, prescrita no Texto Supremo como a função de “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia” (art. 129, inc. II).

O exato conteúdo e alcance da expressão “serviços de relevância pública”, porque não definido expressamente seu significado no Texto Constitucional, pode ensejar dificuldade na aplicação eficaz da referida norma que, neste aspecto, talvez deva receber aperfeiçoamento em sua redação na oportunidade de uma revisão constitucional.

O exame dessa questão é o objeto deste trabalho.

(*) Tese apresentada no “Congresso Nacional do Ministério Público”, realizado em Salvador — BA, de 1.º a 4 de setembro de 1992.

2. Interpretação das normas constitucionais

A ordem jurídica estatal é composta de um conjunto ordenado, hierarquizado e harmônico de normas jurídicas, ou seja, constitui-se num sistema de normas jurídicas. Nesse sistema hierarquizado, a Constituição é a norma jurídica superior a todas as demais, que dela se originam e nela se fundamentam, inclusive no tocante ao processo de produção. Por isso pode-se falar que todas as normas infraconstitucionais são subordinadas à Constituição, pois o sistema não admite que norma inferior contrarie a norma superior, daí resultando a afirmação de que as normas inferiores têm na Constituição seu suporte de validade.

Como acontece com todas as normas jurídicas, a Constituição também pode ser objeto de interpretação, processo através do qual se busca dilucidar o significado das normas jurídicas. Interpretar a norma jurídica significa desvendar seu conteúdo, sentido e alcance, o que é feito através de diversos modos, chamados métodos de interpretação, dentre os quais, embora a variedade classificatória e a preferência de alguns, destaca-se o chamado método sistemático, máxime em se tratando de interpretação de normas constitucionais.

Faz-se interpretação sistemática das normas jurídicas mediante a consideração da norma como integrante de um dado sistema jurídico — jamais considerando-a, pois, isoladamente —, portanto, concebida sob o influxo das demais normas jurídicas integrantes do sistema, e, principalmente, dos princípios que imperam nesse sistema, sempre fundamentais e essenciais ao conjunto, visto como complexo único, incindível, coerente e harmônico.

Embora aqui expostas de modo superficial e sintético, essas noções são suficientes para, desde logo, evidenciar que em se tratando de interpretação das normas constitucionais somente o caminho da interpretação sistemática é seguro trilhar quando o destino a atingir é o de desvendar o exato conteúdo, sentido e alcance das normas constitucionais.

Registra-se aqui, de todo modo, a observação de Jorge Miranda quando diz que a interpretação constitucional não é de natureza diferente da que se opera em outras áreas, mas, adverte o preclaro constitucionalista português, como “toda interpretação jurídica está estreitamente conexa com a aplicação do Direito; não se destina à enunciação abstrata de conceitos, destina-se à conformação da vida pela norma. Comporta especialidades, não desvios aos cânones gerais (ainda quando se utilizem diversos métodos e vias)”⁽¹⁾.

3. Ministério Público como defensor do povo

A Constituição Federal define o Ministério Público como Instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado que tem por função a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Entende-se por funções institucionais do Ministério Público as incumbências que o ordenamento jurídico lhe prescreve, segundo a finalidade da Instituição, sintetizada na norma constitucional acima referida, contida no **caput** do artigo 127 da Constituição Federal.

Nem sempre o ordenamento jurídico é fiel a essa diretriz. A própria Constituição Federal, ao pretender arrolar as funções institucionais do Ministério Público, no

seu artigo 129, acaba por incluir no seu rol, juntamente com algumas funções institucionais (p. ex., a ação penal pública), algumas atribuições que não passam de instrumentos ou meios para o exercício daquelas (p. ex., expedir notificações).

Sabe-se, todavia, que o rol de funções institucionais contido no art. 129 da Constituição Federal é meramente exemplificativo, nada impedindo que a lei prescreva, como de fato ocorre, além das previstas constitucionalmente, outras funções ao Ministério Público, desde que observe a compatibilidade com a sua finalidade (art. 129, inc. IX).

Por sinal, a Constituição Federal de 1988 trouxe ao nosso ordenamento jurídico a figura do defensor do povo, admirável criação originada nos países nórdicos com o nome de **ombudsman**, fazendo dessa uma das funções institucionais do Ministério Público ao dizer, no inc. II do art. 129, que lhe incumbe “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia”.

A função de defensor do povo consiste na defesa dos interesses da população perante a Administração Pública, porquanto são os Poderes Públicos de um modo geral e os prestadores dos serviços de relevância pública que têm, primariamente, a obrigação de respeitar os direitos assegurados na Constituição, os quais se refletem, precisamente, como limites à atuação do poder do Estado.

A atuação do Ministério Público como defensor do povo, em defesa da observância dos direitos assegurados na Constituição por parte dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública, se faz com a utilização dos conhecidos instrumentos judiciais de que dispõe (p. ex., ação civil pública) e também com a utilização de instrumentos extrajudiciais, alguns dos quais citados na própria Constituição (art. 129, inc. VI) vez que a função é exercida tanto no plano judicial como no plano administrativo.

A Constituição Federal, entretanto, dá margem à dubiedade ou multiplicidade de interpretações no tocante à atuação do Ministério Público como defensor do povo quando se tratar de hipótese de zelar pelo efetivo respeito dos serviços de relevância pública aos direitos nela assegurados.

A divergência torna-se possível em razão do fato de que apenas as ações e serviços de saúde são classificados pela Constituição como serviços de relevância pública (art. 197), o que é suficiente para que alguns sustentem, baseados na literalidade expressada no texto, que não estariam incluídos no rol da atuação do Ministério Público a defesa dos direitos assegurados e eventualmente desrespeitados por outros serviços públicos (p. ex., educação, transporte coletivo, etc.) pois de relevância pública não seriam, embora se trate de serviços públicos.

4. Serviços de relevância pública na Constituição e na revisão constitucional

No corpo do Ato de suas Disposições Constitucionais Transitórias (art. 3.º), estabeleceu a vigente Carta Magna, promulgada em 5 de outubro de 1988, que a revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da sua promulgação, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral.

Embora não se discuta a eficácia e aplicabilidade da norma constitucional transitória, que por ser transitória não deixa de ser constitucional e, por isso, tem,

(1) Cf. Jorge Miranda, “Manual de Direito Constitucional”, 2.ª ed. Tomo II, Coimbra Editora Limitada, 1988, pág. 227.

de regra, eficácia plena e aplicabilidade imediata⁽²⁾, quanto ao exato conteúdo e extensão dessa norma existem inúmeras controvérsias doutrinárias com posições que pregam desde a maior limitação dos poderes do Congresso Nacional, restringindo-os à capacidade meramente revisional e adaptadora do resultado do plebiscito (art. 2.º do ADCT), até os que lhe reconhecem poderes constituintes originários, portanto, amplos e ilimitados⁽³⁾.

Abstraindo-se, entretanto, essa discussão e dando-se como certa, pelo menos a partir de 5 de outubro de 1993 (a norma do art. 3.º do ADCT não fixa a data, apenas indica a partir de quando ocorrerá a revisão), a realização de uma revisão um pouco mais ampla do vigente Texto Constitucional, ao menos fazendo algo mais que adaptar o texto ao resultado do plebiscito, teremos suficiente oportunidade de aperfeiçoar a redação de importante norma relativa às funções do Ministério Público.

Trata-se da norma constitucional, aqui já referida, que dá à Instituição a função de defensor do povo, incluída no rol exemplificativo das funções institucionais do Ministério Público, contido no artigo 129 da Constituição Federal. Seu inciso II estabelece que é função institucional do Ministério Público zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia.

Em outro dispositivo (art. 197) a vigente Constituição Federal estabelece que são de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Com apoio na constatação de que essa é a única hipótese em que a Constituição é explícita em rotular um certo serviço como serviço de relevância pública, desenvolve-se interpretação doutrinária restritiva, esboçando-se apoio de decisões jurisprudenciais, no sentido de que somente os serviços públicos de saúde podem ser objeto de atuação protetiva por parte do Ministério Público, sendo recomendável, por isso, o aperfeiçoamento do Texto Constitucional para evitar discussões sobre a legitimidade da atuação institucional em questões tão relevantes socialmente.

Antes de mais nada, com Ardan, registra-se a consideração de que se tem como incontroverso que, mesmo considerada a pluralidade e peculiaridades de cada ordem jurídica, nos Estados modernos a Constituição é a norma que possui a mais alta autoridade e suas prescrições existem para serem respeitadas⁽⁴⁾.

Entendemos que linha interpretativa que, uma vez desenvolvida, leve à conclusão de que, para o exercício pelo Ministério Público da função de zelar pelo respeito aos direitos assegurados na Constituição, há distinção entre os serviços públicos e serviços de relevância pública na Constituição Federal, desconsidera a prevalência

(2) Cf. José Afonso da Silva, "Aplicabilidade das Normas Constitucionais", 2.ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 1982, págs. 189/193.

(3) Na primeira corrente temos Geraldo Ataliba ("Revisão Constitucional", Rev. Inf. Legis. n.º 110, págs. 87/90, e Revista PGE, jun. 1990, págs. 157/162), seguido por Carlos Eduardo Caputo Bastos ("Revisão Constitucional: questão política ou questão jurídica?" RDP, n.º 98, págs. 140/141). Com variação de limites, reconhecem caráter mais abrangente à revisão constitucional: Inocêncio Mártires Coelho ("Os limites da Revisão Constitucional", RDP n.º 100, págs. 62/69), Diogo de Figueiredo Moreira Neto ("Crise política, ingovernabilidade e Revisão Constitucional", Rev. Inf. Legis. n.º 112, págs. 47/54) e Alvaro Lazzarini ("Da defesa do Estado e das instituições democráticas na Revisão Constitucional de 1993", Rev. Inf. Legis. n.º 111, págs. 61/76).

(4) Cf. Philippe Ardant, "Institutions Politiques & Droit Constitutionnel", 2.ª edition, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1990, pág. 90.

da interpretação sistemática das normas constitucionais e se revela desatenta à constatação de identidade de regime jurídico a que estão submetidos todos os serviços públicos.

A propósito, registra-se que Agustín Gordillo, após abordar a liberdade de uso das palavras e observar os limites à liberdade de estipulação, focalizando as definições em direito, preleciona que, para que se possa produzir qualquer definição válida em determinado ordenamento jurídico, antes de mais nada, é necessário delimitar os objetos sobre os quais se discorre, agrupando-os segundo uma ou várias definições, tudo conforme a realidade que em princípio globalmente se pretende analisar, passando-se, a seguir, a analisar qual o regime jurídico impetrante e aplicável a essa realidade.

Esclarece o festejado publicista que, "partindo assim do marco global (não de um pequeno setor arbitrariamente estabelecido, muito menos de uma definição proposta), deverá ser analisado qual é o regime jurídico imperante e aplicável a essa realidade a fim de investigar que coisas recebem um mesmo tratamento jurídico e quais recebem um tratamento distinto. Se encontrarmos um grupo de coisas que tem regime jurídico substancialmente igual, então será conveniente e oportuno agrupá-lo numa mesma definição". E prossegue, ressaltando que "neste último ponto estará o cerne da discussão; em determinar qual grupo de coisas recebe trato muito substancialmente igual por parte do Direito"⁽⁵⁾.

Com efeito, é a homogeneidade de regimes jurídicos e não a identidade de denominação que vai indicar se determinado fenômeno, categoria, conceito ou instituto jurídico é distinto ou não de outro, conforme haja identidade ou não entre os seus regimes jurídicos, ou seja, do conjunto de normas e princípios jurídicos que o regem.

Por essa razão, nem de longe se pode reputar desarrazoado sustentar que, mesmo no vigente Texto Constitucional, não apenas as ações e os serviços de saúde, mas também todos os demais serviços públicos, devem respeito aos direitos assegurados na Constituição e, conseqüentemente, são objeto da atuação do Ministério Público de promover as medidas necessárias a sua garantia.

Por sinal, desarrazoado seria imaginar que a Constituição, reputando como de relevância pública apenas os serviços de saúde, reputaria irrelevantes todos os demais serviços públicos a exemplo dos de segurança pública, de educação, de telecomunicações, de correios, de transportes públicos, de fornecimento de água e de energia elétrica, de radiodifusão, e tantos outros.

Não se considerando aqui, por manifestamente inadequada, a expressão serviço público sob o aspecto material e pessoal, ou seja, no sentido que dá prevalência a características de individualidade da pessoa ou da coisa, pode-se, com Cirne Lima, definir serviço público como "todo o serviço existencial, relativamente à sociedade ou, pelo menos, assim havido num momento dado, que, por isso mesmo, tem de ser prestado aos componentes daquela, direta ou indiretamente, pelo Estado ou outra pessoa administrativa"⁽⁶⁾.

Em verdade, ainda que não o diga às expressas, a Constituição considera relevantes todos os serviços públicos, permitindo que se faça apenas uma distinção

(5) Agustín Gordillo, "Princípios Gerais de Direito Público", tradução de Marco Aurélio Greco, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1977, págs. 8/9.

(6) Tuy Cirne Lima, "Princípios de Direito Administrativo", 5.ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 1982, pág. 82.

quanto à sua essencialidade para o fim de, mesmo facultando também nessas hipóteses o exercício de importante direito social de greve, que também garante (art. 9.º), ainda assim exija, em tais hipóteses, que seja dado atendimento às necessidades inadiáveis da comunidade, sujeitando os responsáveis por abusos cometidos às penas da lei (art. 9.º, §§ 1.º e 2.º), não excepcionando, nem mesmo aqui, a aplicação do princípio da continuidade dos serviços públicos.

Note-se, todavia, que essa qualificação feita pela Constituição tem finalidade certa, ou seja, a de estabelecer algumas condições ao exercício do direito de greve, vez que ser essencial é uma característica própria dos serviços públicos. Quanto a isso, o pranteado Cirne Lima, já citado, também observa em outra passagem que a condição de essencialidade é inerente ao serviço público, pois, se o tem como tudo quanto é essencial ao bem do indivíduo e da coletividade a ser proporcionado pelo Estado. Aponta, ainda, que no conceito de utilidade pública também encontra-se implícita a noção de serviço existencial, mas adverte que o conceito de utilidade pública, cuja definição afirma incumbir às ciências não-jurídicas, tem sua determinação relacionada às variáveis de cada país em cada momento, ou seja, pode variar conforme o tempo e o lugar⁽⁷⁾.

Assim, todos os serviços públicos são essenciais, mas a Constituição apenas determina que, tão-só para o fim de impor maiores exigências quanto ao exercício do direito de greve, possam na lei assim ser declarados alguns dos serviços públicos. Da mesma forma que se pode afirmar a essencialidade como ínsita e inerente a todo o serviço público, o mesmo se pode fazer com relação à relevância dos serviços públicos, ou seja, a relevância pública constitui característica ínsita e inerente a todo o serviço público, pois, é a sua qualificação como serviço público suficiente para que se reconheça sua relevância.

Contudo, como antes salientado, a verificação de coincidência ou distinção de regime jurídico é o aspecto determinante da identidade ou não de institutos ou conceitos jurídicos.

Neste passo, é oportuno registrar a definição mais precisa de serviço público dada por Celso Antônio Bandeira de Mello. Conforme a respeitável lição do eminente publicista, serviço público “é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime jurídico de direito público — portanto consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais — instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo”⁽⁸⁾.

Esta noção, excluindo os serviços de natureza puramente jurídica (como os notariais), inclui todos os serviços de natureza material prestados pelo Estado, identificados como tais pela declaração normativa dessa qualificação, mas, fundamentalmente, pela submissão ao regime de direito público. Com efeito, é sabido que a Constituição declara a existência de um rol de serviços públicos, dos quais são exemplo os contidos nos incisos do artigo 21 (serviço postal, telecomunicações, fornecimento de água e energia elétrica, transporte ferroviário, etc.), mas essa relação não é exaustiva, pois, é possível que a legislação infraconstitucional institua

(7) Cf. Ob. cit., pág. 85.

(8) Cf. “Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta”, 2.ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 1979, pág. 20.

outros serviços públicos e o fará toda vez que determinada prestação aos administrados se revelar cabível mediante a prática de atos de império por parte do Estado, submetendo-a, então, ao regime de direito público.

De mesmo modo, não é somente pelo fato de estarem arrolados na Constituição que os serviços públicos somente podem ser prestados pelo Estado, pois, há serviços públicos privativos do Estado e serviços públicos não privativos do Estado. Estes últimos podem ser objeto da atuação tanto do Estado como de particulares (p. ex., educação, saúde); enquanto que os primeiros somente podem ser prestados pelo Estado (p. ex., transporte aéreo e ferroviário, comunicações), que pode fazê-lo direta ou indiretamente, nos casos de permissão ou concessão (art. 175 da CF).

Adverta-se, todavia, que mesmo os serviços públicos não privativos do Estado, quando desempenhados por particulares, que podem fazê-lo independentemente de concessão ou permissão, têm sua prestação condicionada à observância das normas cogentes que regulam o respectivo serviço público (p. ex., no caso da educação, as dos arts. 205 e segs. da Constituição Federal), submetendo-se, além disso, à fiscalização por parte do Poder Público.

Como dissemos, a unidade de regime jurídico é a condição determinante à definição de identidade dos institutos jurídicos. Por isso podemos dizer que todos os serviços públicos, das mais variadas espécies (incluindo, portanto, os chamados relevantes e essenciais), integram uma mesma categoria porque todos têm o mesmo regime jurídico, ou seja, todos estão submetidos a um mesmo conjunto específico de princípios e normas jurídicas que lhes dá identidade.

Esse regime jurídico é o regime de direito público, caracterizado pela supremacia do interesse público sobre o particular, estabelecido por meio de limitações impostas em atenção a valores tidos como prevalentes na ordem jurídica, princípios estes que provocam desdobramentos e detalhamentos que permeiam em toda sua extensão o complexo normativo que, desde os princípios e normas constitucionais até as normas concretas e individuais, incide sobre as relações jurídicas estabelecidas sob o regime de direito público.

Para sintetizar suas características, valemo-nos mais uma vez da lição de Celso Antônio Bandeira de Mello que, com a costumeira proficiência, indica o que chama de alguns “traços salientes do regime de direito público”, que são os seguintes: “A estrita observância ao princípio da legalidade, a utilização de técnicas autoritárias, expressivas da soberania, de que são manifestações a possibilidade de constituir obrigações por ato unilateral, a presunção de legitimidade dos atos praticados, a auto-executoriedade deles, bem como sua revogabilidade e unilateral declaração de nulidade, a continuidade necessária das atividades havidas como públicas, donde — no plano do serviço público — a impossibilidade de concessionário invocar a *exceptio non adimpleti contractus*, para eximir-se da continuação de seu desempenho, a rigorosa obediência ao princípio da isonomia, etc.”⁽⁹⁾.

Todo serviço público é, necessariamente, submetido ao regime de direito público, visto que serviço público é todo serviço material prestado aos administrados pelo Estado, direta ou indiretamente, sob um regime jurídico de direito público. Então, considerando que não existe distinção de regime jurídico entre os serviços públicos de saúde e os demais, podemos afirmar que não há distinção jurídica entre os serviços públicos de saúde e os demais serviços públicos e, conseqüentemente,

(9) Ob. cit., pág. 19.

tanto aqueles quanto estes estão embutidos na norma contida no artigo 129, inciso II da Constituição Federal.

Tanto a Constituição considera como relevantes todos os serviços públicos que submeteu todos eles a um mesmo regime jurídico para fins de concessão e permissão, de cujas normas se sobressai a garantia dos direitos dos usuários do serviço e a obrigação de manutenção de serviço adequado, obrigações essas impostas tanto quando o serviço é prestado pelo próprio Poder Público como quando é prestado por particular, sob regime de concessão ou permissão.

Tudo isso demonstra que todo serviço público é relevante e por isso o Ministério Público está legitimado para exigir de seus prestadores o respeito aos direitos assegurados na Constituição. A utilização expressa desse rótulo em uma única hipótese (serviços e ações de saúde) do Texto Constitucional, entretanto, tem dado azo à interpretação restritiva, dificultando a atuação judicial do Ministério Público em área de expressiva magnitude social.

Por tudo isso, na oportunidade de uma revisão constitucional, convém modificar a redação do inciso II do artigo 129, garantindo-se a legitimação do Ministério Público para atuar em defesa do respeito aos direitos assegurados na Constituição por todos os serviços públicos.

5. Conclusões

Fundamentando-se em tudo que aqui foi exposto, extrai-se as seguintes conclusões:

1.^a) Os serviços de relevância pública, cujo zelo pelo efetivo respeito aos direitos assegurados na Constituição é função institucional do Ministério Público (art. 129-II da CF), incluem além dos serviços e ações de saúde (art. 197 da CF) todos os demais serviços públicos.

2.^a) Para evitar interpretação restritiva da norma constitucional, em prejuízo da atuação do Ministério Público em área de tão elevado interesse social, na eventual oportunidade de uma revisão constitucional, deve ser modificada a redação do inciso II do artigo 129 da vigente Constituição Federal para expressar que é função institucional do Ministério Público zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços públicos, portanto todos, aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia.